

Expediente nº ENJ2023/000282
Diligencia Preliminar nº C107/2023
Ramo: SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Madrid)
MADRID

Consejero de Cuentas: Excmo. Sr. Don Diego Íñiguez Hernández

AUTO

En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

Dada cuenta de las actuaciones referidas, y de conformidad con los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por diligencia de reparto de 12 de septiembre de 2023 fue turnada a este Departamento la Diligencia Preliminar nº C-107/2023. Tiene su origen en el escrito del Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas de 11 de septiembre de 2023, por el que remite a la Presidencia de la Sección de Enjuiciamiento la denuncia formulada ante la Fiscalía por la Procuradora ante los Tribunales doña Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación del partido político Podemos, acerca de tres contratos de emergencia (para la adquisición de mascarillas, guantes de nitrilo y test rápidos de anticuerpos), que fueron suscritos por el Ayuntamiento de Madrid para atender a las necesidades derivadas de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

SEGUNDO. Por diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2023 se dio traslado de la documentación obrante en las actuaciones al Ministerio Fiscal y a los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Madrid para que alegaran, en el plazo común de cinco días, lo que a su derecho correspondiera sobre la procedencia de acordar el nombramiento de delegado instructor, con las funciones previstas en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCu), o, en su caso, el archivo de las presentes actuaciones.

TERCERO. El Ministerio Fiscal, por escrito de 28 de septiembre de 2023, interesó que se propusiera a la Comisión de Gobierno el nombramiento de delegado instructor.

La Letrada del Ayuntamiento de Madrid, por escrito recibido el 3 de octubre de 2023, remitió documentación complementaria y solicitó el archivo de las actuaciones.

CUARTO. Por diligencia de ordenación de 10 de octubre de 2023 se dio traslado al Ministerio Fiscal de la documentación remitida por la Letrada del Ayuntamiento de Madrid y se le concedió un nuevo trámite de audiencia para que, en el plazo de cinco días, se ratificase en su petición de nombramiento de delegado instructor o solicitase, en su caso, el archivo de estas actuaciones.

QUINTO. El Ministerio Fiscal, a la vista de la documentación remitida por la Letrada del Ayuntamiento de Madrid, por escrito de 25 de octubre de 2023, interesó el archivo de las presentes diligencias conforme a lo previsto en el artículo 46.2 de la LFTCu.

SEXTO. Se han observado las normas legales en vigor.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Corresponde dictar el presente auto a este Consejero de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 46 y 52 de la LFTCu, y en virtud de la diligencia de reparto de 12 de septiembre de 2023.

SEGUNDO. Conforme a lo previsto en el artículo 46 de la LFTCu, el Consejero a quien se haya turnado el asunto, a la vista de los hechos que motivaron la apertura de las diligencias preliminares, optará por:

- Trasladar las actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento para que ésta proponga a la Comisión de Gobierno el nombramiento de delegado instructor, si aquellos parecen constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, tanto si su conocimiento procede del examen y comprobación de cuentas o de cualquier otro procedimiento fiscalizador, como si es consecuencia de una gestión de aquellos que hubiera tenido lugar al margen del proceso normal de rendición de cuentas al Tribunal; o

- Acordar, previa audiencia de las partes, el archivo de las actuaciones, en el supuesto de que los hechos manifiestamente no revistan caracteres de alcance o cuando éste no fuera individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos.

Por ello, la Sala de Justicia de este Tribunal ha establecido que sólo procede el archivo cuando los hechos no revistan los caracteres de alcance de manera manifiesta, dado que en la fase de diligencias preliminares no se lleva a cabo investigación alguna de los hechos denunciados, sino que se trata, únicamente, de valorar si tal y como se han descrito pueden dar lugar o no al juicio contable (por todos, ASJ 6/2020, de 26 de febrero, 23/2022, de 21 de septiembre y 28/2022, de 24 de noviembre).

El artículo 72.1 de la LFTCu configura el alcance como el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deben rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas.

TERCERO. El Ayuntamiento de Madrid suscribió el 20 de marzo de 2020 un convenio con la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid (SFM) para garantizar el suministro de materiales sanitarios y de seguridad del personal del Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y empresas dependientes, por la epidemia provocada por el Covid-19.

En cumplimiento del referido convenio, SFM suscribió tres contratos con la mercantil LENO:

- El 26 de marzo de 2020, para la compraventa de un millón de mascarillas ("KN95 Graphene Sterilization Antiviral RD Mask") por valor de 6,6893 \$ por unidad.
- El 26 de marzo de 2020, para la compraventa de 2,5 millones de guantes ("disposable nitrile examination gloves") por valor de 2 \$ la unidad.

- El 7 de abril de 2020, para la compraventa de 250.000 test rápidos para Covid-19 ("Covid-19 IgG/IgM Rapid Test Kit") por valor de 17 \$ por unidad.

Los tres contratos se tramitaron de emergencia, ex artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en una situación excepcional de confinamiento y bajo la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19.

La denuncia remitida a la Fiscalía ponía de manifiesto que en la tramitación de estos contratos de emergencia se había detectado lo siguiente:

- a) El abono de un sobreprecio en la adquisición de mascarillas, guantes y test de antígenos, porque el precio pagado estaba fuera "del precio de mercado"; y
- b) Que determinadas mercancías (test y guantes) no reunían las características contratadas, sin que se hubiera procedido a la resolución de los contratos o a la recuperación o compensación de los pagos realizados.

CUARTO. El artículo 120 de la LCSP, regula la emergencia en la tramitación de los contratos en los siguientes términos:

"1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

- a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria."

El contenido de esta regulación constituye una excepción legal en la exigencia de ciertos requisitos formales de la contratación, en la medida en que permite concluir la sin necesidad de formar previamente expediente administrativo e incluso la contratación verbal de las correspondientes prestaciones (artículo 37.1 de la LCSP). Su alcance se extiende también a la gestión del gasto, pues permite que se acuerde el inicio de la contratación sin la existencia de crédito, que se dotará posteriormente para el pago de la prestación.

La excepcionalidad del recurso a la tramitación de emergencia exige la concurrencia, acreditada y comprobable, de los acontecimientos catastróficos, de las situaciones que supongan grave peligro, o de las necesidades que afecten a la defensa nacional, que constituyen los supuestos habilitantes imprescindibles para que quepa emplear esta forma de tramitación.

El 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud había declarado que la situación del coronavirus COVID-19 suponía una emergencia de salud pública de importancia internacional. A partir de ese momento, las Administraciones públicas españolas adoptaron una sucesión de medidas orientadas a proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública.

En el ámbito contractual, tales medidas se recogieron en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo (vigente hasta su derogación por el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo), por el que se adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, que establece:

“1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para

atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia (...).

Con independencia de la forma de tramitación, el artículo 102.3 de LCSP aplicable a todos los contratos, cualquiera que sea la forma de tramitación o adjudicación, establece que: "Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación (...).

En el Informe de Fiscalización (nº 1452) de los contratos tramitados de emergencia por los ayuntamientos de los municipios con población superior a 300.000 habitantes para atender las necesidades derivadas de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria causada por el COVID-19, ejercicio 2020, aprobado por el Pleno de este Tribunal el 28 de octubre de 2021 se recomendaba que "Salvo en los supuestos en que la emergencia fuera tal que la finalidad del contrato pudiera verse comprometida, los órganos de contratación deberían solicitar y obtener ofertas de diferentes licitadores, y, en su caso, negociar los términos del contrato susceptibles de ello, así como proveerse, en los supuestos que ello resultase posible, de referencias de los precios habituales de mercado de los bienes y servicios objeto de contratación".

La Resolución de 22 de marzo de 2022, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas sobre este Informe, exceptuó de la necesidad de referenciar los precios habituales de mercado en «los supuestos en que la emergencia fuera tal que la finalidad del contrato pudiera verse comprometida».

QUINTO. La vulneración de la normativa reguladora de la contratación del sector público no genera por sí sola responsabilidad contable, sino que deben concurrir también los demás requisitos legalmente exigidos para este tipo de responsabilidad jurídica y, muy especialmente, el que se hubiera producido un menoscabo en los fondos públicos.

Conforme a lo establecido en el artículo 55.1 de la LFTCu, los legitimados activamente para ejercer las pretensiones de responsabilidad contable en estas actuaciones son: el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Madrid.

La Letrada del Ayuntamiento de Madrid, con base en la documentación aportada, alega que no se ha producido menoscabo alguno, efectivo y debidamente cuantificado en los fondos municipales, susceptible de originar un saldo deudor injustificado en los términos del artículo 72 de la LFTCu, por las razones que a continuación se exponen:

- En marzo de 2020 era imposible fijar cuál era "el precio de mercado" de las mercancías destinadas a afrontar la crisis sanitaria. Por consiguiente, no se puede determinar un sobre coste.

- No se ha producido un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones contratadas, que origine un alcance, porque: a) Los defectos apreciados en los productos suministrados de guantes de nitrilo (escasa longitud) se han compensado con una reducción del precio acordado; y b) Los test recibidos de detección rápida de antígenos (3 lotes con diferentes niveles de sensibilidad de 94%, 80% y 66,7 %), no resultaron totalmente inservibles (se utilizaron 2 lotes). Además, no se había contratado un nivel determinado de fiabilidad a partir del cual resultara eficaz el test.

El Ministerio Fiscal, a la vista de las alegaciones y de la documentación aportada por el Ayuntamiento de Madrid, ha solicitado el archivo de las presentes diligencias, porque considera que no se ha producido un alcance en los fondos del Ayuntamiento de Madrid.

SEXTO. En consecuencia, procede, por las razones expuestas y conforme al artículo 46.2 de la LFTCu, el archivo de estas actuaciones, dado que los hechos que dieron origen a estas diligencias no revisten los caracteres de alcance, y quienes tienen la legitimación activa para ejercer las pretensiones de responsabilidad contable en esta jurisdicción (el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Madrid) no han solicitado el nombramiento de delegado instructor.

Por ello, VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación, **ACUERDO**

III.-PARTE DISPOSITIVA

ÚNICA. Archivar las Diligencias Preliminares C107/2023, SECTOR PÚBLICO LOCAL (Ayuntamiento de Madrid), MADRID, conforme al artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Madrid con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso del artículo 46, apartado 2, de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ante la Sala de Justicia de este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes a su notificación.

Comuníquese, asimismo, una vez que sea firme esta resolución, a la Procuradora ante los Tribunales doña Isabel Afonso Rodríguez, en la representación que ostenta, y al Consejero del Departamento Sexto de la Sección de Fiscalización, para su conocimiento.

Lo mandó y firma el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, de lo que doy fe. - La Secretaria.